

Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo- Tributário

ACÓRDÃO Nº: 048/2018
PROCESSO Nº: 2015/6640/501273
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº: 8.483
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2015/004308
RECORRENTE: MINERVA S/A
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.400.118-2
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS. RESPONSABILIDADE DA RETENÇÃO PELAS SAÍDAS SUBSEQUENTES. PROCEDENTE EM PARTE – É Procedente em parte a reclamação tributária que exige o ICMS Substituição Tributária de mercadorias transferidas de empresas coligadas, estabelecida em outros Estados, responsabilizando-se a destinatária pelas saídas internas subsequentes, pela retenção e recolhimento do ICMS – ST, mantendo o benefício fiscal para as mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária, nos termos do art. 13 da Lei 1.287/2001.

RELATÓRIO

A Empresa MINERVA S/A, é atuada por meio de Lançamento de Ofício em Auto de Infração Nº 2015/004308, na Reclamação Tributária de ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, em campo 4.11 - Valor originário de R\$ 92.143,41, campo 5.11 – Valor originário de R\$ 473.518,61 campo 6.11 – Valor originário de R\$ 523.691,51, campo 7.11 – Valor originário de R\$ 499.158,34, campo 8.11 – valor originário de R\$ 365.560,14, para os exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

Trás em descrição nos contextos de campos 4.1 a 8.1, em síntese, Que, o Sujeito Passivo deverá recolher a título de ICMS Substituição Tributária (Retenção na Fonte) referente a mercadorias adquiridas com natureza da operação, CFOP, de Transferência de mercadorias entre empresas do mesmo grupo, sendo esta responsável pela retenção nas saídas internas, conforme prevê o § 1º do art. 62-B RICMS Decreto 2912/06, redação dada Dec.3600/08, ao que não foi retido e recolhido. Conforme constatado, apurado e demonstrado em Levantamento do ICMS Substituição Tributária, demonstrativo das Notas Fiscais de terceiros relativo a aquisição de mercadorias, e com base emissão própria de Notas Fiscais de Saídas, (Vendas sem a devida retenção e recolhimento do ICMS-ST), dos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 2014. Mídia em CD com Levantamento Fiscal e XML de Notas Fiscais de saídas.



Contencioso Administrativo- Tributário

Tipificou a Infração em campos 4.13 ao 8.13, a que se Leia: Art. 44, inciso IX, Lei 1.287/01 c/c § 1º do art. 62-B, Decreto 2912/06 (Redação dada pelo Dec. 3600/2008). Onde postula:

Art. 44. São obrigações do contribuinte e do responsável:

[.....]

IX – reter e recolher o imposto devido por substituição tributária, quando exigido pela legislação;

Tipificou a Penalidade em Art. 48, inciso III, alínea “d”, da Lei 1.287/01 (Redação dada pela Lei 2.253/2009), onde postula:

Art. 48. A multa prevista no inciso I do artigo anterior será aplicada na forma a seguir:

[.....]

III – 100%, quando a falta de recolhimento do imposto decorrer da: (Redação dada pela Lei 2.253 de 16.12.09),

d – falta da retenção do imposto devido pelo sujeito passivo por substituição;

O autuante juntou aos autos cópia de Nota Explicativa Observações, cópia de Procuração, cópia de TARE nº 1.907/2007, Aditivo 03/2010, cópia do Demonstrativo “Especial” Minerva - Demonstrativo sem Histórico, dados conforme Banco de dados da Nota Fiscal Eletrônica (Saídas) 2010 a 2014. Cópia transcrito o Art. 62-B, cópia Levantamento Substituição Tributária. Cópias de DANFE’s, CD Mídia. Acostados as fls. 06 a 477 dos autos.

O Sujeito Passivo é legalmente e devidamente INTIMADO, do auto de infração, Via Direta, fls.05, com ciente em 28.10.2015.

Tempestivamente, comparece o Sujeito Passivo, por seu causídico constituído com sua IMPUGNAÇÃO a este Auto de Infração, pelas razões de fato e de direito expostas.

Em PRELIMINAR, nada alega.

De Mérito;

Insurge o sujeito passivo nesta Impugnação, e principia com exposição, Dos Fatos; Que é pessoa jurídica, tem por objeto social atividade de indústria e comércio de carnes. Reconhecida no mercado pela qualidade, eficiência, e transparência de seus negócios. Não obstante honrando com suas obrigações fiscais, e, surpreendida com o Auto de Infração.

A Impugnante descreve a autuação consubstanciada “*Ippsis Litteris*” aos contextos do auto de infração, para os exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 2014.



Contencioso Administrativo- Tributário

Alega; como se vê o Fisco concluiu que houve falta de pagamento do ICMS-ST, em vista da suposta falta de retenção na comercialização de mercadorias, em saídas internas, adquiridas de terceiros e transferências, conforme determina o art. 62-B, § 1º, do Decreto nº 2912/06 (Redação dada Dec. nº 3600/2008).

Cita e descreve os dispositivos legais indicados no auto de infração como infringidos e a Penalidade.

E contestando, ocorre que; o lançamento deverá ser declarado insubsistente, por estar atingido em parte pela decadência, bem como porque a cobrança se mostra totalmente descabida, diante dos equívocos insanáveis cometidos pela autoridade fiscal.

Além disso, o percentual da multa é desproporcional e desarrazoada, caracterizando confisco.

Recorre, com efeito, a rigor pela Decadência, na aplicação contida no artigo 150, § 4º, do CTN, que é contado a partir da ocorrência do fato gerador, alegando se tratar de tributo sujeito a lançamento por homologação. Declarado pelo contribuinte.

Transcreve o teor do Art. 150, § 4º, na indicação da alegação de início do prazo estipulado para a Decadência do Direito de a Fazenda Pública constituir o Crédito Tributário.

Do demonstrativo do débito fiscal combatido, nas operações descritas ocorridas nos meses de janeiro a Setembro de 2010, de modo que a autoridade fiscal não poderia constituir esse crédito tributário deste período, tendo em vista que a ciência do A.I ocorreu em 28.10.2015. Que é indubitável a caracterização da decadência parcial quanto às operações de cinco anos atrás até setembro de 2015, nos termos do artigo mencionado, seja Art. 150, § 4º, CTN.

Argumenta ainda que nos termos do artigo 156, inciso V, CTN, a decadência é causa de extinção do crédito tributário, não podendo ser objeto de exigência por parte do Fisco Estadual.

Trás vários trechos de matérias como jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, Egrégio Supremo Tribunal Federal, de acórdão deste COCRE, e de renomados tributaristas citando Hugo de Brito Machado, Sacha Calmon Navarro Coelho, Sampaio Doria e Alberto Xavier. Que, a decadência se opera por homologação, nos meandros do Art. 150, § 4º, CTN. Que, inexistente qualquer acusação relativa à Fraude, Dolo ou Simulação, hipótese no cômputo do prazo decadencial, pelo qual se observaria a regra prevista no art. 173, I, do CTN.

Alega que, Além disso, houve pagamento parcial de imposto nos meses em questão (doc. 02), razão pela qual a situação não pode ser equiparada à sonegação de tributo.

Argumenta o Impugnante que, se não bastasse o decurso decadencial, o auto de infração também deverá ser julgado improcedente, na medida em que o auditor fiscal efetuou o cálculo da exigência fiscal com base nas notas fiscais de saídas, quando o correto



Contencioso Administrativo- Tributário

seria das notas fiscais do remetente, e ainda, deixou de deduzir o imposto incidente na operação.

A despeito disso importa mencionar as regras contidas no art. 62-B, Dec. 2912/06, (Redação dada pelo Dec. 3600/2008) para o reter e recolher o ICMS-ST relativo a Aves abatidas, e produtos comestíveis resultantes, em estado natural, defumados, congelados, resfriados, ou temperados, classificados nos códigos NCM/SH relacionados no Anexo XXI do RICMS Dec. 2912/06, a que transcreve o art. 62-B verbis.

E tal como determina o § 2º, do art. 62-B, a base de cálculo é formada pelo preço praticado pelo remetente. No entanto no Demonstrativo em coluna “Nº da NF” diz respeito a nota fiscal de saída, emitida da impugnante. Não há como admitir o imposto seja calculado com base nas notas fiscais de saídas.

Ademais, no demonstrativo ainda incluiu na coluna “BC ICMS NxO” o valor de margem agregado às operações subsequentes, que não se pode admitir, na medida que na venda já se encontra este valor agregado.

Por fim, deixou de considerar o crédito da própria operação, o ICMS normal devido pela operação própria. Estampada em inciso I, do Art. 64, Dec. Nº 2912/06.

E nesse aspecto visto é na indicação da coluna “ICMS CRED.” do Demonstrativo o montante apurado na própria operação, que por equívoco, deixa de se considerar na apuração do montante exigido.

Portanto, não havendo como prosperar a exigência fiscal ante o Demonstrativo, nos fatos evidenciados, a autuação deverá ser cancelada em sua totalidade.

Ademais, alega da insubsistência da Multa com natureza Confiscatória, a observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Por fim, a penalidade aplicada mostra-se exorbitante, cabendo ao julgador evidentemente, analisar o caso concreto para relevar ou ainda reduzir a penalidade a patamares da razoabilidade e da proporcionalidade, evitando violar princípios e preceitos legais. Considerando a Multa de 100%. Enfatizando os termos do artigo 150, inciso III, alínea “a”, inciso IV, da Constituição Federal, na retroatividade da lei para beneficiar o autuado. Bem como o direito de propriedade estabelecido no artigo 5º. Inciso XXII, da CF/88.

Diante do exposto, Requer seja Declarado insubsistente o Auto de Infração, no reconhecimento de extinção do crédito tributário pela decadência, ou cancelada a exigência fiscal na sua totalidade, seja ainda, relevada ou no mínimo reduzida à penalidade aplicada.

A Impugnante juntou aos autos em Anexo DOC. 1, cópia de procuração e substabelecimento, cópia de Ata da Assembleia Geral Extraordinária em 26.05.2015 de Minerva S/A; DOC. 2, cópia de Demonstrativo, Relatório de GIAM por contribuinte, copias de Apuração do Imposto, DARE's, DOC. 3, cópias de Demonstrativo; todos acostados as fls. 496 a 666 dos autos.



Contencioso Administrativo- Tributário

Observo que; Nesse tocante ao seu Direito de Defesa, a Impugnante emitiu e assinalou nada mais nada menos de que 44 (quarenta e quatro) itens em argumentos e alegações. Assim no seu legítimo e amplo direito de defesa e do contraditório.

O Processo é distribuído ao Julgador de Primeira Instância, onde em sua análise entende por trazer convicção esclarecedora de entendimento ao reclamado, e sanear o auto de infração, conforme faz solicitação no Despacho nº 024/2016 – CAT/JPI/JCM, atinente nas considerações as alegações e argumentos da Impugnante, enviando o processo para a manifestação e parecer da Autuante.

A autuante, em atenção ao Despacho do Julgador Singular, no cumprimento ao solicitado, faz também Despacho nº 13/2016/MJPCM, com parecer ao alegado e trás para maiores esclarecimentos a juntada aos autos, comprovante do relatório de notas fiscais de entradas de mercadorias remetidas pelo mesmo grupo, sujeito à substituição tributária, extraído do banco de dados do SIAT, bem como de DANFE's de entradas por amostragem, com natureza da operação transferência de mercadorias, a observar também as fls. 374 a 392 dos autos. (dos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 2014)

Diz a autuante que quanto á parte do lançamento alcançado pela Decadência por homologação, Art. 150, § 4º, CTN, o valor reclamado não se trata de ICMS declarado pelo próprio contribuinte, vez que o mesmo não declarou o ICMS-ST, não o apurando em Livro de Apuração do ICMS e não apresentado em GIAM-ST. Logo, se o tributo não foi declarado nem pago pelo contribuinte, mas constituído por lançamento de Ofício em auto de infração, a aplicação na contagem do prazo é do Art. 173, do CTN.

Assim, conforme o preceito do § 1º do Art. 62-B, Decreto 3600/2008, a substituição ocorre nas subseqüentes saídas internas. Logo a retenção não pode ser calculada pelas notas fiscais de entradas, mas sim pelas saídas.

Com relação à margem de valor agregado aplicado, está de acordo com a legislação, pois as vendas foram realizadas para contribuintes do imposto, para a revenda, e não para consumidor final.

Quanto a dedução do crédito do ICMS das operações anteriores, não cabe ao auditor fazer esta operação.

Ainda, quanto aos créditos alegado do Demonstrativo, na coluna "ICMS CRED", informa não se tratar de credito de entradas, pois trabalhou apenas com base nas saídas. Esse ICMS destacado no documento fiscal de vendas é o transferido como crédito para os clientes destinatários das mercadorias, nas revendas.

Desta forma, o valor do imposto, o ICMS-ST, do qual esta sendo cobrado, não foi retido, não declarado e tampouco pago/recolhido pelo contribuinte.

Em relação a alegação de pagamento parcial desse imposto. Observa e informa que os comprovantes de pagamentos Doc. 2, não se trata de pagamentos referente a cobrança efetuada do ICMS-ST, e sim de ICMS declarado em Guia de Informações apuração imposto mensal – GIAM, e Contribuição de Custeio pago ao FDE – Fundo de Desenvolvimento Econômico.



Contencioso Administrativo- Tributário

Neste considerando final, como não houve equívocos cometidos, a Autuante, informa não ter necessidade de Termo De Aditamento, para regularização do Auto de Infração.

Entretanto, o Julgador de Primeira Instância, houve por bem, dar ciência ao sujeito passivo referente à juntada destes documentos e do parecer pela Autuante, encaminhando o processo a repartição e órgão apropriado, para o procedimento.

Notificado e intimado o sujeito passivo, através de AR-Correio, apresenta-se o Causídico constituído do sujeito passivo, com sua segunda Impugnação, considerando que houve conversão do julgamento em diligência, bem como o Agente Fiscal Autuante se manifestou e apresentou novos documentos. Para tanto reapresenta e reprisa suas teses em argumentos e alegações já despedidas em sede da impugnação inicial, acrescentando apenas suas contestações às manifestações da Autuante, também nos argumentos já apresentados.

Em Sentença de Primeira Instância, o Julgador Singular, apresenta relatório nos fatos da reclamação tributária e das alegações e argumentos de defesa. Aduz que os requisitos necessários previstos no art. 20, Lei 1288/01 foram observados. Os prazos processuais cumpridos diante do art. 26, Lei 1288/01. E as pretensões fiscais, foram tipificadas e fundamentadas em infração e penalidade, postuladas da Legislação Tributária.

Não consta arguição em Preliminar.

De Mérito, o Julgador Singular em suas razões, pugna, que o Sujeito Passivo argumenta e alega parte do lançamento foi alcançada pela decadência. Que não foi atendido os §§ 1º e 2º do Art. 62-B, Dec. 3600/2008, que houve pagamento parcial de imposto. Que, não foi considerado o crédito do imposto, no princípio da não-cumulatividade. Que o percentual da multa de 100%, a penalidade tem caráter confiscatório e ofende o princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Relata o sentenciador, sobre a decadência, ao prazo previsto em art. 173, do CTN, e o descreve verbis. Demonstra as datas que regem as operações em lançamento e data da lavratura do auto de infração, com a data da notificação ao sujeito passivo do lançamento, que assim, portanto não havia decaído o direito da Fazenda Publica de constituir o crédito tributário.

Não resta dúvida que os argumentos do sujeito passivo não devem prosperar, pois, o lançamento atende disposições da legislação, cumprindo na integra os requisitos do art. 35, da Lei 1.288/01. Dentre outras alegações, não pertinentes a reclamação tributária, seja a de confisco.

No entanto ficou bem esclarecido através do Despacho nº 13/2016, da autora do lançamento, a cada questionamento do sujeito passivo, verificado e revisionado, e combatidos foram através dos documentos apresentados pela autuante, as fls. 682/730 dos autos.



Contencioso Administrativo- Tributário

Discorre neste caso entender que, a reclamação tributária esta devidamente amparada na legislação, não pairando duvida em relação à infração cometida. pelo sujeito passivo. Que, deve-se ao fato concreto do mesmo não reter e recolher o ICMS – Substituição Tributária (Retenção na Fonte) sobre mercadorias adquiridas a titulo de Transferências das mercadoria neste regime de Substituição Tributária, por empresa do mesmo grupo, e de terceiros, ficando a atuada com a responsabilidade pela retenção nas saídas, conforme determina os §§ 1º, 2º do art. 62-B, do RICMS, Dec. 3600/2008, o que não foi atendido nos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013, 2014.

A Multa pela qual foi sugerida na propositura da atuante, decorre de previsão legal e sua incidência é essencial para prevenir e coibir o ilícito. Não podendo ser afastada sob alegação de confisco.

Destarte, a multa sugerida neste contencioso administrativo tributário é legal, pois advém da legislação tributária em Lei, promulgada através da Assembleia Legislativa Estadual, não cabendo a esse colendo conselho questioná-la, mas tão somente aplicá-la.

E decidindo, que, em conferência dos Levantamentos e Documentos juntados, foi possível averiguar que, o sujeito passivo em impugnação, apenas manifesta de forma superficial e não produz provas suficientes para contraditar a ocorrência do fato gerador. Não restando dúvida que os argumentos do sujeito passivo não devem prosperar, pois o lançamento atende ao que dispõe a legislação tributária e o pactuado em TARE e Termo Aditivo 03/2010.

E ante ao exposto, conhece da Impugnação apresentada, nega-lhe provimento, e julga PROCEDENTE o Auto de Infração. Condenando o Sujeito Passivo ao pagamento do crédito tributário, nos valores originários em Campos 4.11 ao 8.11, conforme constante do auto de infração.

É Intimado (fls. 767/772) o Sujeito Passivo, em Decisão da Sentença de Primeira Instância, Via Postal em AR-Correio, (fls. 772), com ciente em 21.02.2017.

Tempestivamente, o Sujeito passivo apresenta-se aos autos por seu Patrono Causídico, com Recurso Voluntário, nas alegações, a que sintetizamos, sem prejuízo de seu conteúdo em seu texto recursal;

Em singela **Preliminar**; De Nulidade da Sentença de Primeira Instância, e Da nulidade por violação do art. 35, I, "c", "d", da Lei 1.288/01

1-) De Nulidade da Sentença de Primeira Instância; por Cerceamento do Direito de Defesa,

Para com a Sentença Singular, Que a decisão é nula ao não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo, diante da ausência de análise dos fundamentos em argumentos e documentos apresentados, no que diz respeito à decadência, e tampouco de que a base de calculo do ICMS-ST é formada pelo preço praticado pelo remetente, de modo que a omissão no julgamento caracteriza cerceamento de defesa. Frise-se que trechos na decisão não fazem menção no decurso de prazo decadencial. Não houve fundamento jurídico e a realização de um juízo de valor sobre estes fatos.



Contencioso Administrativo- Tributário

E, ao fato de terem sido indicadas à reprodução ou à paráfrase da manifestação/parecer da Autuante, ao que se aplica subsidiariamente a Lei 13.105/2015, em Art. 489, § 1º incisos I a VI, do Código Processo Civil. A transcreve “*verbis*”.

E, à necessidade de ser relevada a multa aplicada em patamares mais razoáveis. Princípios da proporcionalidade e razoabilidade ao confisco.

Então, Cumpre ao Julgador de primeira instância se manifestar expressamente sobre cada um dos fundamentos, vez que a omissão na decisão caracteriza Cerceamento do direito de defesa do contribuinte. E mais, supressão de instância julgadora, “*in decisium*”.

2-) Da nulidade por violação do art. 35, I, “c”, “d”, da Lei 1.288/01, em virtude da ausência da tipificação legal e incorrência entre os dispositivos legais utilizados e as mercadorias constantes do Levantamento.

Depura-se dos levantamentos que são objetos de tributação a tipificação específica do § 1º, do Art. 62-B do RICMS, Decreto 3600/2008. Extrai-se deste dispositivo tratar exclusivamente de: “aves abatidas e produtos comestíveis resultante da sua matança”. Destarte não se apura em dispositivos legais de alcance específico proveniente do abate de suíno e cordeiro.

Concluindo, da forma a que se encontra o auto de infração há evidente violação das exigências mínimas contidas do inciso I, alíneas “c”, “d”, do Art. 35, Lei 1.288/01

De Mérito,

O Patrono da Recorrente, de seu amplo e irrestrito direito de defesa e do contraditório, trás as mesmas alegações e argumentações, em teses repetitivas e reprises das já propiciadas, em impugnação inicial ao auto de infração, e após em segunda Impugnação, na apresentação de documentos em diligência. E combatidas que foram em Sentença proferida do Julgador de Primeira Instância.

Infere-se, no entanto, sem nenhum prejuízo a recorrente, no seu amplo direito do contraditório, pois é de serem devidamente analisadas estas teses de recurso, e devidamente julgada por esse colendo Conselho – COCRE.

Diante do exposto, Requer o conhecimento e o provimento ao Recurso Ordinário, para que: seja acolhida a nulidade do auto de infração, seja acolhida a nulidade da decisão recorrida, seja julgado improcedente o lançamento fiscal, seja ainda, relevada ou no mínimo reduzida à penalidade aplicada.

Observe mais uma vez, nesse tocante ao seu Direito de Defesa, a Recorrente emitiu e assinalou nada mais nada menos de que 101 (cento e um) itens em argumentos e alegações. “*Data vênia*”, No seu amplo direito de defesa e do contraditório.

Perquirida, A REPRESENTAÇÃO FAZENDÁRIA em sua análise e Manifestação discorre da inconformidade exposta pela recorrente da decisão em Sentença de Primeira Instância. Analisando o alegado neste Recurso Voluntário, entende em argumentos lógicos



Contencioso Administrativo- Tributário

e jurídicos apreciáveis, todavia, maior parte inadequada para ser oferecida a apreciação desse colegiado, no controle difuso de Constitucionalidade, foge, extrapola, ao julgamento deste COCRE.

E, de toda exaustiva peça recursal, mostram-se as mesmas hábeis para provocar, limitado ao argumento de que a sentença trás demonstração de graves erros, objeto destes, posto que, não examinou pontualmente os argumentos lógicos e legais expostos, isto é não exauriu toda a matéria, alegada em impugnação.

Disto resulta nulidade latente da sentença, em princípio da Segurança Jurídica. Já que devem ser analisadas todas as argumentações postas, esclarecendo as razões de fato e de direito, pelas quais acolhe ou refuta, os argumentos.

Destaque-se a informação proferida em sentença, de que a Impugnação foi refutada no atacado.

Que versando toda a reclamação sobre o ICMS/ST – Substituição Tributária, sem sequer dar atenção ao conteúdo lógico, refutando no atacado, a que deveria ter por base o preço de o valor da remessa (entrada) determinada na redação do § 2º, do Art. 62-B – RICMS Dec. 3600/2008, uma decisão de mérito, fulcra-se na legislação aplicável e não, em manifestação da parte atuante, segundo declara o Julgador de “esclarecedora manifestação”.

E, Nas omissões e imprecisões observáveis, recomenda a anulação da sentença singular, por não atender requisitos de validade e eficiência do art. 56, Lei 1.288/01.

Além do derivado da não-cumulatividade na compensação dos créditos relativos às entradas, devido ao anular o benefício fiscal de TARE, num flagrante desrespeito exposta no inciso I, do Art. 64 do RICMS, Dec. 2912/01.

Todavia, a reforma da decisão singular, na caducidade do crédito reclamado no contexto 4.1, por entender que a decadência (por homologação) vinda do Art. 150, § 4º, CTN, consumou seus efeitos deletérios de janeiro a setembro 2010.

Que, não sendo este o entendimento do COCRE,

Ante ao exposto, a Representação Fazendária entende mais oportuno a anulação da Decisão de Primeira Instância, por não atender aos requisitos de validade e eficácia, alencados do Art. 56 da Lei 1.288/01, ou então a Nulidade de todo o feito, pelas evidências de erros materiais na apuração das bases de cálculos. Todavia, recomenda no mérito, a reforma da decisão singular, na Improcedência do feito.

É em síntese o Relatório,

VOTO



Contencioso Administrativo- Tributário

Vistos, analisados e discutidos o presente processo. Tem-se que a Fazenda Pública Estadual, reclama em lançamentos de ofício, efetuados através de cinco (05) contextos (4.1, 5.1, 6.1, 7.1, 8.1) do auto de infração, o ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, referente a Saídas (vendas) internas subsequentes, de mercadorias neste regime tributário, proveniente da transferências destas mercadorias de outras empresas do grupo em outros Estados, de acordo com a legislação tributária, ficando a destinatária na responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS – ST.

Insurge o sujeito passivo, por meio de seu causídico irredutível com a decisão em sentença singular, que lhe foi desfavorável, a propor recurso voluntário, que o faz pelas razões de fato e de direito, que a seguir aduzimos, ao julgado.

Das PRELIMINARES;

Inicialmente, partindo da premissa maior, a preliminar suscitada de Decadência, argüida tanto pelo Causídico do sujeito passivo, quanto pela Representação Fazendária, para o campo 4.1 deste auto de infração. Atinente ao período de janeiro a novembro de 2010, haja vista que a Intimação/Notificação, direta no Auto de Infração ocorreu em 28/10/2015, na possível caracterização da decadência parcial, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN.

A decadência corresponde a um “prazo” estipulado em Lei, no exercício de um direito, para que a Fazenda Pública reveja a escrituração fiscal declarada de seus contribuintes, seus recolhimentos, pagamentos. E, este “prazo” tem por norma nos preceitos do Art. 150, § 4º, CTN, Lei 5.172/66, em **Lançamento por homologação**. Tem-se para homologação, o imposto declarado pelo próprio contribuinte, os registros em livros próprios, equivalentes ao “ICMS”, vindo de cotejamento débito x crédito e apuração nestes seus livros fiscais próprios. Onde o prazo via de regra, e da norma convencional, será ele de 5 (cinco) anos a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo, considera-se homologado e extinto o crédito tributário.

É sabedor que, o ICMS na sua totalidade é tido por homologação. Isto é, onde os tributos, objeto dessa modalidade de lançamento por homologação, são classificados como tributos declaratórios. A declaração da existência e do valor do crédito tributário é feita pelo próprio contribuinte ou responsável. Nessa modalidade de lançamento por homologação, o contribuinte presta informações à autoridade administrativa, calcula o valor do tributo devido, efetuando ele próprio sua notificação para o recolhimento geralmente em Documento Arrecadação Receitas Estadual - DARE, e o paga, e aguarda a confirmação denominada HOMOLOGAÇÃO, de seus atos por parte do Fisco, da Administração Tributária.



Contencioso Administrativo- Tributário

Que desta forma, a Fiscalização a confirma **por homologação** de forma *expressa* ou *tácita*, ou não, dentro do “**prazo legal**”, estipulado em **§ 4º, do art. 150, do CTN**. Assim o sendo em **tributos declaratórios por homologação**.

Contudo, aquele crédito tributário, encontrado pela fiscalização, de forma irregular, não apresentado nos registros escriturados e feitos pelo contribuinte, proveniente de ICMS substituição tributária não declarado e não recolhido e no benefício fiscal não autorizativo para a operação, objeto de não pagamento do tributo ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, e, em descumprimento de obrigação principal, e, assim constituído por **lançamento de ofício** em auto de infração, obedece ao “**prazo legal**” em mandamento do art. 173, I, II, Parágrafo Único, do CTN, Lei 5.172/66, “**Verbis**:”

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II – da data em tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo Único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. (grifos nosso).

Insta reproduzir trecho da autuante sobre a matéria, em solicitação por despacho do Julgador Singular para com a autuante, adotado por ele, que aduz:

...”com parecer ao alegado á parte do lançamento alcançado pela Decadência por homologação, que o valor reclamado não se trata de imposto declarado, logo, se o tributo não foi declarado nem pago pelo contribuinte, a aplicação é do Art. 173, do CTN”.

Diante da legislação acima esposada, é por demais claro e límpido, que não houve caducidade da Fazenda Pública em decadência, para os períodos indicados, ainda mais a querer aplicar legislação do art. 150, § 4º, CTN, Lei nº 5.172/66, imprópria para o fato gerador da obrigação.

Insta também observar que o sujeito passivo, ao estar “*sob ação fiscal*”, perde a espontaneidade relacionada com a infração denunciada. Nos preceitos do art. 128, § 1º, Lei 1.287/01, “**verbis**”:

Art. 128. A responsabilidade pelo pagamento de multa é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do imposto devido ou do depósito da importância



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo- Tributário

arbitrada pelo Secretario da Fazenda, quando o montante do tributo depender de apuração.

§ 1º - Não se considera espontânea a denuncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionada com a infração denunciada. (Grifos nosso)

Creio que desta forma enganou-se e despercebeu a Representação Fazendária, e o Recorrente, nesse seu entendimento á esta exigência tributária, para este seu pedido.

Que “**Data vênia**”, de todo o exposto, é de ser rejeitada essa preliminar de decadência, arguida da Representação Fazendária. Da mesma forma Rejeito a essa preliminar aventada também pela Recorrente. Rejeitada unanime.

Ainda de preliminar, da nulidade da decisão recorrida por erro na sentença singular, da necessidade de reforma da decisão recorrida. Resumida em Cerceamento a Defesa por não ter analisado “*in decisium*” os itens pontuados e questionados.

Temos que aduzir;

É de ser ver com “bons olhos” a realidade dos fatos. O argumentado e alegado, onde o sentenciador trás a verdade material, consubstanciada dos 44 (Quarenta e quatro) itens ou tópicos, na maioria reprises ou repetitivos de alegações, de Preliminares não acatadas, de Mérito, ao negado provimento, em um exibicionismo de cultura jurídica, nos excessos acadêmicos, que são até infundadas pela matéria tributária em infração, acerca do controle difuso de Constitucionalidade, de caráter confiscatório da multa, advindos produzidos pelo impugnante. Onde estas foram combatidas pelo Sentenciador na legalidade tipificada, expressa da Lei, para com sua aplicação na Decisão ser Procedente o crédito tributário, e que, foi desfavorável ao sujeito passivo. E também na segurança jurídica, apontada e tipificada em infração.

Que, “**Data Máxima Vênia**”, é de ser REJEITADA a estas arguidas preliminares de nulidade em cerceamento da defesa, da decisão recorrida por erro na sentença singular. Da necessidade de reforma da decisão recorrida. Resumida em cerceamento a defesa, em não ter analisado “*in decisium*” os itens pontuados e questionados.

Imperativo aclarar haja vista é, não existir o cerceamento de defesa a que diz o recorrente, em ser observado na sentença singular. O combate do sentenciador nas preliminares e de mérito, dentro do pedido argumentado e alegado pelo autuado, foi principiado nas expostas razões de fatos fundamentados e em tipificação da infração denunciada.



Contencioso Administrativo- Tributário

E, haja vista que foi proporcionado ao sujeito passivo em seu amplo direito de defesa e do contraditório, no expor suas teses de defesa, que, do exposto foram combatidas pelo Julgador de Primeira Instância, em sentença, na medida do alegado e argumentado, dentro da legalidade, a que entendeu o sentenciador. Motivo pelo qual a Rejeito. Rejeitada por unanimidade.

De Mérito,

Inconteste é a obrigação do sujeito passivo, para com o ICMS Substituição Tributária, retenção na fonte e recolhimento, saídas subsequentes.

Na disciplina dos artigos 41,42, Anexo XXI, do RICMS – Decreto 2.912/2006, a saber “**verbis**”:

Art. 41. O contribuinte que realizar operações com mercadorias relacionadas no Anexo XXI deste Regulamento, sem prejuízo do cumprimento de disciplina complementar estabelecida pela Secretaria da Fazenda, deve observar as disposições desta Seção.

Art. 42. Nas operações interestaduais realizadas por contribuintes estabelecidos em outra Unidade da Federação, com as mercadorias relacionadas no Anexo XXI deste Regulamento, o estabelecimento remetente é responsável pela retenção e recolhimento do imposto em favor deste Estado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente. (Convenio ICMS 81/93).

É inconteste também quanto à identificação das entradas e subsequentes saídas das mercadorias e ou produtos destas operações de vendas, relativo às mercadorias advindas a título de transferências, de outras empresas situadas em outros estados serem do regime de Substituição Tributária e visto ser por óbvio, não industrializadas pela autuada, ora sujeito passivo.

Que, Ademais utiliza o sujeito passivo de um benefício fiscal, em crédito presumido, pró-indústria, pactuado por meio de Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 1.907/2007 em Aditivo 03/2010, o qual **é exclusivamente destinado para mercadorias industrializadas pela acordada**. Benefício este do crédito presumido utilizado nos cálculos aos valores das referendadas notas fiscais em saídas destas mercadorias adquiridas, referentes aos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013, 2014.

Que dentre as regras estabelecidas não pode o sujeito passivo usufruir do crédito presumido, dizendo amparado no postulado e pactuado em cláusula Primeira e Subcláusula Única, do Aditivo 03/2010 ao TARE nº 1.907/2007, “**verbis**”:

Cláusula Primeira – Em substituição ao regime normal de escrituração e apuração do imposto sobre operações relativas à



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo- Tributário

circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, a ACORDADA poderá beneficiar-se de crédito presumido de tal forma que a carga tributária efetiva corresponda a 2% (dois por cento) do valor das operações de saídas de mercadorias tributadas em seu estabelecimento.

Subcláusula Única – O disposto nesta cláusula somente se aplica às saídas de mercadorias industrializadas pela ACORDADA. (Grifos nosso)

Destarte vê-se mediante estas cláusulas pactuadas em TARE, a impropriedade cometida traduzida em infração e praticada pela acordada, o sujeito passivo, que concorreu para o ato.

Infere-se assim da mesma forma para as operações distintas ao regime de Substituição Tributária.

É de bom alvitre fazer a “*ressalva*” e colocar que, há uma “*dispensa*” de obrigatoriedade no recolhimento do ICMS Substituição Tributária quanto a mercadorias a serem empregados em processo de produção, industrialização, transformação ou manipulação. Observado na cláusula Quinta do Aditivo 03/2010 ao TARE 1.907/2007, a saber, “*verbis*”:

Cláusula Quinta – A ACORDADA é dispensada da obrigatoriedade do recolhimento do ICMS substituição tributária de mercadorias ou serviços a serem empregados em processo de produção, industrialização, transformação ou manipulação. (grifos nosso)

Notadamente por não se tratar da exigência tributária, diante do observado acima, que não se presta e não é para o reclamado neste processo.

É de se ater que, para estas mercadorias em saídas (vendas) no regime de Substituição Tributária, para a efetiva tributação, deve ser feita a recomposição para o ICMS - ST, de conformidade com os preceitos legais já que assim deve ser recolhido este ICMS-ST.

Nesse sentido, caberia aqui ainda frisar, o fato de ter o sujeito passivo apropriado de forma irregular do benefício fiscal, para com estas saídas (vendas) de mercadorias no regime de Substituição Tributária. Pelo qual foi aproveitado para ser recolhido o ICMS com o “benefício fiscal”, diga-se na utilização indevida, para estas mercadorias não industrializadas pelo sujeito passivo, e calculado o ICMS, utilizando-se do aproveitamento de crédito presumido, resultando o recolhimento para uma carga tributária de 2% até julho de 2010 e 0,1% de Agosto de 2010 em diante até 31.12.2014.



Contencioso Administrativo- Tributário

Ao fato de que, vez recolhido de forma irregular o ICMS, para estas mercadorias de regime ST, esse pode ser reversível ao cálculo, a restabelecer o creditamento deste valor recolhido / pago, na recomposição ao valor real a ser elaborado para o encarte do ICMS Substituição Tributária.

Imperativo é apontar ao mandamento do Art. 62-B, § 1º, 2º, do RICMS – Decreto 2912/2006, a que temos, “verbis”:

Art. 62-B. O estabelecimento industrial ou importador é responsável, na qualidade de contribuinte substituto, pela retenção e recolhimento do imposto devido pelas subseqüentes saídas, nas operações interestaduais ou na entrada para consumo do destinatário, de aves abatidas e produtos comestíveis resultantes da sua matança em estado natural, defumados, congelados, resfriados ou temperados, classificados nos respectivos códigos da NCM/SH relacionados no Anexo XXI deste Regulamento. (Redação dada pelo Decreto 3600 de 29.12.08).

§ 1º. O regime de que trata este artigo não se aplica às remessas de mercadorias com destino a estabelecimento industrial estabelecido neste Estado e a estabelecimentos do mesmo contribuinte, hipótese em que a substituição ocorre nas subseqüentes saídas internas. (Redação dada pelo Decreto 3600 de 29.12.08). (grifos nosso)

§2º **A base de cálculo do imposto**, para fim de **substituição tributária**, é formada pelo preço praticado pelo remetente, **acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação , sobre o referido montante, do percentual previsto no Anexo XXI deste Regulamento.** ((Redação dada pelo Decreto 3600 de 29.12.08). (Grifos nosso)

Nesse seguinte, na observação ao § 2º, faz-se uma operação inversamente proporcional com a exclusão do valor obtido do crédito presumido, entendendo como recolhido, resultando na demonstração abaixo;

No demonstrativo abaixo, foi excluído do valor do auto de infração as mercadorias não sujeitas à substituição tributária (carne inatura), sendo que os mesmos fazem jus ao crédito presumido conforme TARE. Foi concedido também crédito das operações interestaduais de 7%, referente aos produtos sujeito à substituição tributária e não compensados no levantamento inicial.

| Ano/Exercício | Exclusão Créd. Presumido(Carne) | Valor Originário A.I. | Valor Resultante |
|---------------|------------------------------------|--------------------------|---------------------|
| 2010 | 6.357,51 (-) | 92.143,41 | 85.785,90 |
| 2011 | 268.281,32 (-) | 473.518,61 | 205.237,29 |
| 2012 | 98.090,15 (-) | 523.691,51 | 425.601,36 |
| 2013 | 124.945,15 (-) | 499.158,34 | 374.213,19 |



Contencioso Administrativo- Tributário

| | | | |
|------|---------------|------------|------------|
| 2014 | 31.530,28 (-) | 365.560,14 | 334.029,86 |
|------|---------------|------------|------------|

Ademais deduzindo do valor, o destaque do crédito do imposto, constante em documentos fiscais, cotejamento débito x crédito, conforme o demonstrativo,

| Exercício Ano | Valor Resultante | Base de Cálculo Alíquota 7% | Valor total Deduzido (Absolvido) | Valor Total a Recolher |
|------------------|---------------------|---------------------------------|--|---------------------------|
| 2010 | 85.785,90 | 393.599,14 x 7% =27.551,94 | 33.909,45 (-) | 58.233,96 |
| 2011 | 205.237,29 | 835.462,19 x 7% =58.482,35 | 326.763,68 (-) | 146.754,93 |
| 2012 | 425.601,36 | 1.731.457,84x 7% =121.202,05 | 219.292,20 (-) | 304.399,31 |
| 2013 | 374.213,19 | 1.524.581,73x7% =106.720,72 | 231.665,87 (-) | 267.492,47 |
| 2014 | 334.029,86 | 1.358.515,98x7% =95.096,12 | 126.626,40 (-) | 238.933,74 |

O lançamento do crédito tributário está, sob o aspecto formal e material, respaldado pela legislação tributária estadual, reguladora da matéria, aplicado a norma legal vigente no período, e descrita com clareza à infração praticada.

Efetivou-se a exigência tributária com suporte ao postulado em Art. 44, inciso IX, da Lei 1.287/01, combinado com art. 62-B, § 1º, 2º, do RICMS, Decreto 2912/2006, (redação dada pelo Dec. 3.600/2008).

E de todo o exposto, Conheço deste RECURSO VOLUNTÁRIO, em Negar-lhe provimento parcial, para REJEITAR as PRELIMINARES de DECADENCIA e de NULIDADE, e no Mérito, CONDENAR ao Pagamento do crédito tributário no valor de R\$ 58.233,96 (Cinquenta e oito mil, duzentos e trinta e três Reais e noventa e seis Centavos) referente a parte do campo 4.11, o valor de R\$ 146.754,93 (Cento e quarenta e seis mil, setecentos e cinquenta e quatro Reais e noventa e três Centavos) referente a parte do campo 5.11, o valor R\$ 304.399,31 (Trezentos e quatro mil, trezentos e noventa e nove Reais e trinta e um Centavos) referente a parte do campo 6.11, o valor de R\$ 267.492,47 (Duzentos e sessenta e sete mil, quatrocentos e noventa e dois Reais e quarenta e sete Centavos) referente a parte do campo 7.11, o valor de R\$ 238.933,74 (Duzentos e trinta e oito mil, novecentos e trinta e três Reais e setenta e quatro Centavos) referente a parte do campo 8.11; acrescidos das cominações legais, e ABSOLVER nos valores de R\$ 33.909,45, R\$ 326.763,68, R\$ 219.292,20, R\$ 231.665,87, R\$ 126.626,40, respectivamente a parte dos valores originários de campos 4.11, 5.11, 6.11, 7.11, 8.11 deste Auto de Infração, na imputação que lhe foi dirigida através da Peça Basilar em apreço.



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo- Tributário

É como voto.

DECISÃO

Certifico que na conformidade da ata da sessão ordinária hoje realizada, o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, por unanimidade, rejeitar as preliminares de nulidade das reclamações tributárias por cerceamento à defesa, por falta de fundamentação na sentença, erro na infração e decadência, arguidas pela Recorrente. No mérito, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e dar-lhe provimento parcial para, reformando a decisão de primeira instância, julgar procedente em parte as reclamações tributárias constante do auto de infração nº 2015/004308 e condenar o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários nos valores de R\$ 58.233,96 (cinquenta e oito

mil, duzentos e trinta e três reais e noventa e seis centavos), R\$ 146.754,93 (cento e quarenta e seis mil, setecentos e cinquenta e quatro reais e noventa e três centavos), R\$ 304.399,31 (trezentos e quatro mil, trezentos e noventa e nove reais e trinta e um centavos), R\$ 267.492,47 (duzentos e sessenta e sete mil, quatrocentos e noventa e dois reais e quarenta e sete centavos) e R\$ 238.833,74 (duzentos e trinta e oito mil, oitocentos e trinta e três reais e setenta e quatro centavos), referentes parte dos campos 4.11 a 8.11, mais os acréscimos legais; e absolver o sujeito passivo dos valores de R\$ 33.909,45 (trinta e três mil, novecentos e nove reais e quarenta e cinco centavos), R\$ 326.763,68 (trezentos e vinte e seis mil, setecentos e sessenta e três reais e sessenta e oito centavos), R\$ 219.292,20 (duzentos e dezenove mil, duzentos e noventa e dois reais e vinte centavos), R\$ 231.665,87 (duzentos e trinta e um mil, seiscentos e sessenta e cinco reais e oitenta e sete centavos), R\$ 126.626,40 (cento e vinte e seis mil, seiscentos e vinte e seis reais e quarenta centavos), referente parte dos campos 4.11 a 8.11, respectivamente. Os advogados Adriano Guinzelli e João Gabriel Romani Bueno de Alcântara e o representante fazendário Gaspar Maurício Mota de Macedo fizeram sustentação oral pela Recorrente e Fazenda Pública, respectivamente. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Heverton Luiz de Siqueira Bueno, Maria das Graças Vito da Silva Veloso, Luiz Carlos da Silva Leal, Osmar Defante, Ricardo Shiniti Konya e Kellen C. Soares Pedreira do Vale. Presidiu a sessão de julgamento aos dezoito dias do mês de dezembro de 2017, o Conselheiro Suzano Lino Marques.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS,
em Palmas, TO, aos nove dias do mês de abril de 2018.



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo- Tributário

Suzano Lino Marques
Presidente

Heverton Luiz de Siqueira Bueno
Conselheiro Relator

